IX.

Zur Lehre von der römischen Affinität.

Von
Dr. **Wilhelm Sell**,
ordentl. Professor des Rechts in Zürich.

In neuerer Zeit hat Klenze [1]) auf die hohe Bedeutung der Verbindung der Cognaten und Affinen im römischen Rechte aufmerksam gemacht, und darin den eigentlichen Familienverband bei den Römern zu zeigen gesucht, im Gegensatz des strengen civilrechtlichen Verhältnisses der Agnaten, welches allein auf Erbrecht und Vormundschaft sich bezogen [2]); bis das justinianische Recht auch in diesen beiden Rücksichten die Cognaten den Agnaten gleich stellte, nachdem vorher das prätorische Edict durch die bonorum possessio den Uebergang hierzu gebildet hatte [3]).

Diese umfassenden und werthvollen Untersuchungen Klenze's haben wieder zu weiteren Folgerungen Veranlassung gegeben, von denen wir hier nur Eine hervorheben [4]), um daran die Erörterung einiger Puncte aus der Lehre von der römischen Affinität anzuknüpfen; nämlich die Beantwortung der beiden Fragen:

I. In wiefern gehören die Ehegatten (vir et uxor) zu den Affinen nach römischem Recht? und

II. Läßt sich, falls man die Ehegatten zu den affines rechnet, das unter ihnen bestehende Verhältniß der Affinität nach Gradberechnung bestimmen?

---

1) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. VI. Nr. I. Die Cognaten und Affinen nach römischem Rechte in Vergleichung mit andern verwandten Rechten. S. 1–200.

2) a. a. O. S. 5 ff.

3) a. a. O. S. 6 Not. 76 ff. S. 96 ff.

4) Vgl. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts. II §. 43. Not. c., verglichen mit der Vorrede, S. VIII oben. Darüber weiter unten §. 4. 5. das Nähere

I.

§. 1.

Justinian's Compilation liefert eine Definition des Begriffs von affines (adfines), welche so deutlich gefaßt ist, wie nicht eben viele Begriffsbestimmungen im röm. Recht. Sie rührt von Modestinus her und ist enthalten in

Fr. 4. §. 3. D. de grad. et adfin. (38, 10.) (lib. 12 Pand.) verb. Adfines sunt viri et uxoris cognati: dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, *et altera ad alterius cognationis finem accedit:* namque conjungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.

Aus dieser Definition geht hervor:

1) daß das Verhältniß der Affinität (Schwägerschaft) zwischen dem einen [rechtmäßigen] [5]) Ehegatten und den Blutsverwandten des andern besteht [6]);
2) daß dieses Verhältniß durch den anderen Ehegatten vermittelt wird, indem die Ehe als das Band erscheint, welches die gegenseitige, an sich getrennte Verwandtschaft der beiden Gatten einander nähert, oder die geschiedenen Gränzen beider einander näher rückt.

Nach dieser Vorbemerkung, welche als die Grundlage unserer späteren Untersuchung dient, betrachten wir zuvörderst das Verhältniß der Ehegatten unter einander, um die erste der oben aufgestellten Fragen zu beantworten.

Zu diesem Zwecke müssen die verschiedenen Formen der römischen Ehe von einander getrennt werden.

Die alte strenge Ehe cum conventione uxoris in manum mariti gab die Gattin in die Gewalt des Mannes, sie ward filiae loco [7]), und dadurch agnata und cognata des Mannes

5) Fr. 4. §. 8. D. h. t. (38, 10.)

6) Mit dieser römischen Begriffsbestimmung der Schwägerschaft stimmen auch die neueren Gesetzgebungen überein: Preuß. Landrecht. Th. I. Tit. 1. §. 43. vgl. mit §. 3. 2. eod. Oesterreich. allgemeines bürgerl. Gesetzbuch. Th. I. Hauptst. 1. §. 40.

7) Gajus I. §. 111. pr. §. 114. II. §. 139. 159. 86 pr. 90. 96. 98 i. f. III. §. 14 i. f. IV. §. 38. Ulpian, Fragm. XXII, 14. XXVI, 1.

und dessen Agnaten [8]); zugleich stand sie mit dem Manne in dem Verhältniß privatrechtlicher Einheit [9]), was man gewöhnlich durch den Ausdruck unitas personae bezeichnet [10]).

Von einem Verhältniß der Affinität kann demnach unter den durch die strenge Ehe verbundenen Gatten nicht die Rede seyn, da Schwägerschaft und Verwandtschaft durchaus verschiedene mit einander unvereinbare Verhältnisse sind, was sowohl die oben angegebene Definition der affines, als das Zeugniß von Theophilus beweist [11]), und was auch nach der Natur der Sache sich nicht anders denken läßt.

Die strenge Ehe mußte im Laufe der Zeiten der freien völlig weichen. Bei dieser trat unter den Ehegatten weder Agnation, noch Cognation ein. Darum muß, um das rechtliche Verhältniß unter den Gatten zu charactrisiren, auf den römischen Begriff der Ehe zurückgegangen werden.

Die Römer haben früher, wie später, denselben Begriff der Ehe festgehalten, welcher dieses Verhältniß, ohne dessen nothwendige physische Seite zu verkennen, aus einem höheren ethischen Gesichtspunct auffaßt [12]).

8) Vgl. die Stellen der vorigen Note und argum. Fr. 1. §. 4. D. unde cognati (38, 8.) Fr. 23. 44. D. de adopt. (1, 7.)

9) Klenze a. a. O. S. 103.

10) Für diese „unitas personae" der Neueren, welche im späteren röm. Rechte nur noch bei der patria potestas vorkommt, lassen sich manche Aussprüche der Quellen anführen: const. 11 de impub. & al. subst. (6, 26.) (Justinian.) verb. cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur. const. 22 §. 1. (de agric. & censit. (11, 47.) Justinian.) verb. cum enim pars quodammodo corporis ejus per cognationem etc. §. 4. J. de inutilib. stipulat. [3, 19 (20)] verb. quia vox tua tanquam filii est: sicuti et filii vox: tanquam tua intelligitur etc. Fr. 42. D. de damn. inf. (39, 2.) (Julianus). Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset, perinde habetur, ac si ipsi domini sua voce pro partibus stipularentur.

11) Paraphras. ad §. 6. J. de nupt. (1, 10.) (nach Reitz) verb. Adfinitas est necessitudo personarum per nuptias nobis conjunctarum extra cognationem (συγγενείας ἐκτός).

12) Das röm Recht ist hier wohl besonders der Philosophie der Stoiker gefolgt: Schrader ad Tit. Inst. de jur. nat. gent. & civ. (1, 2.) Rubrica.

Sowie der Mensch seiner Natur nach ein körperlich geistiges Wesen ist, so hat auch die auf dieser seiner Natur beruhende Verbindung des getrennten Geschlechts eine doppelte Seite: eine physische — und diese Geschlechtsverbindung ist den Menschen mit den andern lebenden, vernunftlosen Geschöpfen (den Thieren) gemein, sie ist ein Ausfluß des jus naturale im römischen Sinne:

Cicero de officiis I. 17.

verb. Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant lubidinem procreandi, prima societas in ipso conjugio est: etc.

Mit Cicero stimmt Ulpianus überein in

Fr. 1. §. 3. D. de J. et J. (1, 1.) (lib. 1. Jnstit.)

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris et faeminae conjunctio quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim caetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri, — und dieser Ausspruch des Ulpianus ist, wie bekannt, wörtlich in Justinian's Institutionen [13]) übergegangen.

Die Geschlechtsverbindung hat aber bei dem Menschen, als Vernunftwesen noch eine höhere, sittliche und rechtliche rein menschliche Seite, und dadurch wird sie zur Ehe. Diese höhere Seite hebt das röm. Recht bei der Begriffsbestimmung der Ehe (matrimonium, nuptiae) hervor, und läßt die niedere physische Seite stillschweigend in den Hintergrund treten. Die Ehe ist, nach Auffassung der Römer, eine Verbindung, welche alle Lebensverhältnisse der Verbundenen durchdringt, alles Göttliche und Menschliche unter ihnen gemeinsam macht [14]). Dafür lassen sich, wie vorhin,

13) §. 1. J. de j. n. g. & c. (1, 2.)

14) Hasse Güterrecht der Ehegatten nach röm. Recht. I. §. 1—6. v. Savigny in der Zeitschr. für gesch. R. W. II. S. 403. 404.

Zeugnisse, aus den Zeiten der Republick, den Zeiten der juristischen Classiker und den Zeiten Justinian's beibringen; denn die christliche Religion hat an der Ansicht über die Ehe im heidnischen Rom Nichts geändert, und sie konnte auch in der That keinen höheren Begriff an die Stelle des alten setzen [15]).

Die bedeutendsten Zeugnisse zur Bestätigung des Gesagten, nach den angegebenen verschiedenen Perioden, sind folgende:

Voran steht Cicero [16]):

verb. Arctior vero colligatio est societatis propinquorum: ab illa enim immensa societate humani generis in exiguum angustumque concluditur — — [17]) *prima societas in ipso conjugio est*: proxima in liberis: *deinde una domus, communia omnia:* etc. [18]).

Ihm folgt Modestinus [19]), welcher in der zur Legaldefinition erhobenen Begriffsbestimmung der Ehe noch bestimmter und deutlicher sich ausdrückt:

Fr. 1. D. de ritu nuptiar. (23, 1.) (lib. 1 Regular.)

Nuptiae sunt conjunctio maris et faeminae, et consortium omnis vitae [20]): divini et humani juris communi-

15) Auch das ältere canonische hat diese römische Vorstellung von der Ehe rein aufgenommen, wiewohl das neuere canonische Recht daran Manches ändert. Das Nähere darüber im Laufe der Untersuchung.

16) l. c.

17) Die hier folgende Stelle ist oben mitgetheilt worden.

18) Uebereinstimmend mit Cicero sagt Ulpianus von der Verbindung der Gatten in Fr. 1. §. 15. D. ad SCtum Silan. (29, 5.) — sed quia commixta familia et una domus est. Livius I, 9, 14. verb. In societate fortunarum omnium. Tacit. German. cap. 8. 19.

19) Derselbe, von dem die oben angegebene Definition von affines herrührt.

20) Fr. 1. D. de act. rer. amotar. (25, 2.) (Paulus) verb. quia societas vitae etc. Fr. 52. D. de re jud. (42, 1.) (Tryphonin) Fr. 22. §. 7. D. solut. matrim. (24, 3.) (Ulpianus) verb. Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus

catio [21]), — und übereinstimmend sind Justinian's Institutionen in

§. 1. J. de patr. pot. (1, 9.)

Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens [22])

Hiernach erkennen die Römer in der Ehe das umfassendste und zugleich das engste Band, welches die Menschen umschlingen kann. Das Verhältniß unter den Gatten ist darum nicht bloß eine adfinitas, eine Annäherung der gegenseitigen Verwandschaft, sondern eine Vereinigung (conjunctio, societas, consortium) für alle Verhältnisse des Lebens, eine rechtliche Einheit in allen persönlichen Beziehungen [23]).

Die Folgerungen, welche aus dieser Auffassung der Ehe für den Zweck unserer Untersuchung, hervorgehen, werden weiter unten sich zeigen [24]).

---

mulieris maritum vel uxorem viri participem esse. Darauf deutet auch der Ausdruck von Scävola in Fr. 66. D. de don. inter vir & uxor (24. 1.) hier: „priusquam aqua et igni acciperetur". Cujac. Observat. XI. 2 i. f. Dion. Gothofred. not. ad h. l.

21) Const. 4 pr. C. de crim. expil. hered. (9, 32.) (Gordian. 243.) verb. Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus *) suscipitur; was unwillkührlich an das „aqua et igni accipi" erinnert; sowie dieses wiederum an das bekannte „aqua et igni interdici."

22) Vgl. die zahlreichen Allegate bei Schrader ad h. l. — Das ältere canonische Recht stimmt hier mit dem römischen Rechte vollkommen überein: c. 3. §. 1. C. 27. Q. 2. (forte circa ann. 400.) Consensus ergo cohabitadin et individuam vitae consuetudinem retinendi interveniens eos conjuges fecit. Individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso etc. vgl. mit can. 1. 2. eod.

23) Vgl. auch Hasse a. a. O. namentlich S. 3 Not. 1 und unten §. 5. a. E.

24) §. 3—5.

---

*) Besser „domum" oder „domu" Geb. Spang ad h. l. not. 8.

§. 2.

Wir wenden uns vorerst zu unserer Hauptfrage: in wie fern die durch die Ehe verbundenen Gatten nach römischem Recht zu den *affines* gehören.

Daß die Ehegatten im röm. Recht zu den nahe verbundenen Personen [propinqui [25]), necessarii [26]), necessitudo] [27]) zu zählen sind, bedarf nach dem Früheren keines weiteren Beweises. — Ist dieß aber ausgemacht, so lassen sich möglicherweise nur drei Fälle gedenken:

a) Die Gatten werden als eine selbstständige Classe der gedachten Personen betrachtet;
b) sie werden zu den Cognaten, oder
c) zu den Affinen gerechnet.

Der erste dieser Fälle tritt nicht ein; denn nirgends finden wir bei den Römern das Verhältniß der Ehegatten im Gegensatz zur cognatio oder affinitas mit einem besonderen Namen bezeichnet oder die Ehegatten als eine besondere Classe der nahe verbundenen Personen den Verwandten oder Verschwägerten gegenübergestellt.

Zu den Cognaten können die Gatten nicht gerechnet werden, weil bei ihnen die durch Zeugung begründete Einheit des Bluts mangelt [28]), und eine Ergänzung dieses Mangels durch juristische Fiction, etwa wie bei der Adoption [29]), hier nicht wohl denkbar erscheint. Es bleibt darum allein der

---

25) Cicero l. c. Arctior vero colligatio societatis propinquorum etc. Gell. Noct. Attic. V, 13. Klenze a. a. O. S. 13 Not. 1. 2. S. 14.

26) Festus s. v. necessarii. Brisson de V. S. s. v. necessarii.

27) Fragm. Vat. §. 158. Gell. Noct. Attic. XIII, 3. V, 13. Fr. 12. D. de J. & J. (1, 1.) (Marcianus.) Fr. 9. D. de susp. tutor. (26, 10.)

28) Fr. 1. §. 1. D. unde cognati (38, 8.) Fr. 4. §. 1. D. h. t. (38, 10.)

29) Fr. 1. pr. Fr. 16. D. de adopt. et emancipat. (1, 7.) §. 4. J. de adopt. (1, 11.) verb. adoptio enim naturam imitatur.

dritte Fall übrig: die Ehegatten den Affinen beizuzählen.

Zwar sind sie nicht Verschwägerte im eigentlichen Sinne nach der oben mitgetheilten Definition des Modestinus; allein es lag wohl nicht ferne, und war sicher nicht unnatürlich, den Namen des Verhältnisses, welches durch die Ehegatten vermittelt wird, auch auf die Ehe selbst, als das vermittelnde Verhältniß, auszudehnen [30]).

In diesem Sinne finden wir in den Quellen den Ausdruck affinitas zur Bezeichnung des ehelichen Verhältnisses gebraucht, und das Wort affines für die Ehegatten; wie durch die folgenden Belege aus dem vorjustinianischen Rechte, und aus Justinian's Compilation sich zur Genüge darthun läßt. — Zunächst in Beziehung auf die Ehe:

Fragm. Vat. §. 262. (Paul. lib. 12 Resp.)

Sponsae res simpliciter donatae non insecutis nuptiis non repetuntur: sed etsi *adfinitatis contrahendae causa* donationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remiserit, aeque non repetuntur etc.

Fr. 84 D. de jur. dot. (23, 3.) (Labeo lib. 6 Pithanon a *Paulo* Epitomator.)

Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. *Paulus:* Immo, quod ad extraneum attinet, semper per hoc verum est: caeterum si *manente adfinitate* dotem promissam *gener a socero petit*, utique in quantum facere potest *socer* condemnabitur: si *dirempto matrimonio* petitur, ex causa et persona id tribuendum puto etc.

Fr. 38. §. 1. D. de usur. et fruct. (22, 1.) (Paulus lib. 6 ad Plaut.)

Et quidem, si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, *et renunciata adfinitas*, fructus quoque restituendi sunt: utique hi, qui percepti sunt eo tempore, *quo spera-*

---

30) Vgl. §. 1. pos. 2. oben.

batur adfinitas: sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt etc.

In den bisher angeführten Stellen, welche sämmtlich aus den Schriften von Paulus, also dem vorjustinianischen Rechte, herrühren, wird der Ausdruck affinitas von dem ehelichen Verhältniß gebraucht, wie die durch Cursivschrift ausgezeichneten Worte darthun, und wie namentlich in fr. 48. cit. die Worte „manente adfinitate" — „diremto matrimonio" deutlich zeigen.

Der nämliche Sprachgebrauch findet sich in Justinian's Compilation; denn, außer den mitgetheilten Stellen der Digesten (bei denen an eine Aenderung des ursprünglichen Textes durch die Compilatoren hier nicht wohl zu denken ist), liefert Justinian's Codex einige Zeugnisse aus verschiedenen Zeiten, nämlich const. 15 C. de don. ante nupt. (5, 3.) (Constantinus 319.)

Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam, nuptiis quoque non secutis, decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas jure celebrantur, redigi ad hujusmodi conditiones jubemus: ut *sive adfinitatis coëundae causa, sive non ita*, vel in potestate patris degentes, vel ullo modo proprii juris constituti, tanquam *futuri causa matrimonii* aliquid sibi ipsi, vel consensu parentum mutuo largiantur etc.

Const. unic. C. de impon. lucrat. descript. (10, 35.) (Theod. et Valent. 422.)

Verb. Si vero, vel socer futurus filii, vel nepotis vel pronepotis sponsae *affinitatis coëundae causa* donaverit etc.

Ebenso wird auch der Ausdruck affinitas in den Quellen für das Verhältniß zwischen Bräutigam und Braut gebraucht. Dieß könnte etwa schon aus einer oder der anderen der bereits angeführten Stellen gefolgert werden; deutlicher spricht aber eine andere Stelle von Neratius.

Fr. 8. D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4.)

Verb. — donec autem in eodem habitu matrimonii

permanent, non magis id repeti possit, quam quod *sponsa sponso* dotis nomine dederit, *donec maneat inter eos adfinitas*: quod enim ex ea causa, *nondum coito matrimonio* datur, cum sic detur, tanquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio ejus non est.

Gleichwie nun das Verhältniß der Ehegatten und der Verlobten den Namen affinitas führt, so werden auch consequent vir et uxor, sponsus et sponsa mit dem Ausdruck affines bezeichnet. Paulus sagt in Beziehung auf die personae exceptae bei der Lex Cincia.

Fragm. Vat. §. 302. (Lib. LXXI ad edictum ad Ciniam.)

Excipiuntur et adfinium personae, ut privignus, privigna, noverca, vitricus, socer, socrus, *(gener,)*[31]) nurus, vir et uxor, sponsus, sponsa[32]).

Ein weiteres Zeugniß liefert

Const. 5 C. de hered. inst. (6, 24.) (Gordianus. 242.)

Non ideo minus uxor tua heres videtur instituta, quod non uxor, sed *affinis* testamento nominata est.

In diesem Sinne versteht man[33]) auch den Ausdruck affinis in

Paul. Rec. Sent. Lib. V. Tit. 12. §. 2.

Ei etiam velut indigno aufertur hereditas, qui *adfinem* vel cognatum, *cui ipse ab intestato successurus erat*, testamentum facere prohibuit, aut ne jure subsisteret operam dederit — von den Ehegatten, weil Verschwägerte im eigentlichen Sinne von dem Intestaterbrecht völlig ausgeschlossen sind[34]), und nur der überlebende Ehegatte, in Ermangelung von

31) Die durch Cursivschrift in diesem, wie in den folgenden Stellen der Fragm. Vat. ausgezeichneten Worte deuten Ergänzungen an.

32) Aus dieser Stelle ergänzt man auch gewöhnlich die Lücke in Fr. Vat. §. 218. durch die Worte: „vir et uxor, et gener et nurus.“ Vgl. auch Fr. 1. §. 1. D. ad leg. Jul. repetund. (48, 11.) Klenze a. a. O. S. 56 Not. 4 S. 57.

33) Glück Commentar. Bd. 23. S. 223—227. Schilling a. a. O. §. 43. Not. e.

34) Const. 7 C. comm. de success. (6, 59.)

Verwandten nach dem edictum unde vir et uxor [35]) zur bonorum possessio gerufen wird [36]).

Wenn nun nach der bisherigen Darstellung die Verlobten, gleich den Ehegatten, in den Quellen mit dem Ausdruck affines bezeichnet werden, so erscheint es ganz consequent, daß auch der Bräutigam der Tochter gener, und der Vater der Braut socer genannt werde u. s. w.; wie ja auch bei uns nicht selten die Verlobten der Kinder von den künftigen Schwiegereltern die Benennung Sohn oder Tochter erhalten, und umgekehrt die künftigen Schwiegereltern den Namen Vater und Mutter.

So sagt Ulpianus in

Fr. 6. §. 1. D. de grad. et affin. (38, 10.) (ad leg. Jul. et Pap.)

Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continetur: item soceri et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur.

Ebenso Pomponius in fr. 8. eod.

Servius recte dicebat, soceri et socrus, et generi, et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri, — und mit diesem Sprachgebrauch stimmen noch mehrere andere Gesetzesstellen überein [37]). So bestimmt aber in diesen zahlreichen Belegen für die Verlobten die gedachten Ausdrücke gebraucht werden, ebenso bestimmt wird wieder in anderen Stellen zum Theil von denselben Juristen gesagt, daß jene Ausdrücke nicht im eigentlichen Sinne zu verstehen sind [38]);

---

35) Dig. h. t. (38, 11.) Cod. eod. (6, 18.)

36) Klenze a. a. O. S. 12 oben.

37) Fr. 4. D. ad leg. Pomp. de parricid. (48, 9.) Fr. 14. §. 4. i. f. D. de ritu nuptiar. (23, 2.) Fr. 5. D. de testib. (22, 5.)

38) Fr. 12. §. 1. D. de ritu nuptiar. (23, 2.) (Ulpian lib. 26 ad Sabin.) Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt, quanquam noverca mea non proprie dicatur. §. 2. Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit: quamvis nurus proprie non dicatur. — §. 9.

was uns zu der weiteren Folgerung berechtigt, daß auch bei den Ehegatten die Bezeichnung affines nicht im eigentlichen Sinne zu nehmen ist; denn die bisherige Darstellung hat gezeigt, daß der sponsus und die sponsa nur dann gener und nurus genannt werden können, wenn sie zu den affines gerechnet werden; sind sie nun bloß „Schwiegersohn" und „Schwiegertochter" im uneigentlichen Sinne, so sind sie damit auch nur »affines« in demselben Sinne; und, sowie dieß bei den Verlobten gilt, so muß es auch in Vergleichung mit der Legaldefinition der affines von den Ehegatten gelten, weil diese Definition ebenso wenig auf die Gatten, als auf die Verlobten paßt. Dabei kann noch auf den oben erwähnten §. 302. der Fragm. Vat. zurückgewiesen werden, worin »sponsus, sponsa« unmittelbar nach »vir et uxor« unter den Personen der affines aufgeführt sind; woraus hervorgeht, daß die Einen, wie die Andern, mit gleichem Rechte und in gleichem Maaße als affines erscheinen; d. h. Beide nicht im eigentlichen, sondern im uneigentlichen Sinne.

II.

§. 3.

Wir gehen nunmehr zur zweiten der oben aufgestellten Fragen über: ob sich das unter den Ehegatten bestehende Verhältniß, falls man dieselben zu den *affines* zählt, nach Gradberechnung bestimmen lasse?

Die affinitas hat keine eignen Grade, weil das Verhältniß nicht auf der durch Zeugung begründeten Einheit des Bluts, wie die Verwandtschaft [39]) beruht, und deßhalb die

J. de nupt. (1, 10.) verb. nam constat, nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse.

39) Fr. 4. §. 1. D. h. t. (38, 10.) Fr. 1. §. 1. D. unde cognati (38, 8.)

nothwendige Voraussetzung dieser Berechnung fehlt [40]). Darum sagt Modestinus mit Recht in

Fr. 4. §. 5. D. h. t. (38, 10.)

Gradus autem adfinitatis nulli sunt.

Allein, da die Affinen im röm. Recht zu den nahe verbundenen Personen gerechnet [41]), und in gewissen Verhältnissen den Cognaten gleichgestellt werden [42]), das Verhältniß der letzteren aber genau nach Graden abgestuft ist, so lag es, namentlich bei der Zusammenstellung der affines und cognati, sehr nahe, auch bei der Schwägerschaft eine Gradberechnung anzunehmen. Sowie nun der eine Ehegatte das ganze Verhältniß der Affinität des andern durch seine cognatio vermittelt, so war es auch nicht unnatürlich, daß man die Grade dieser Cognation mit dem einen Ehegatten auf das Verhältniß der Schwägerschaft mit dem andern übertrug. Dadurch entstanden denn die Grade der Affinität; wieder nicht im eigentlichen Sinne des Ausdrucks gradus, sondern nur durch dessen Ausdehnung und Erweiterung über seine ursprüngliche Bedeutung hinaus. In diesem Sinne kann denn Paulus, ohne wirklichen Widerspruch mit Modestinus (fr. 4. §. 5. D. h. t. cit.) in dem nämlichen Haupttitel unserer Lehre sagen: Jurisconsultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet [43]).

Aus diesen Vordersätzen geht mit Nothwendigkeit eine doppelte Folgerung hervor:

1) In demselben Grade, in welchem der eine Ehegatte mit Je-

---

40) Fr. 10. § 10. D. h. t. (38, 10.) verb. quippe semper generata persona gradum adjicit.

41) Vgl. oben die Allegate zu Anfang von §. 2.

42) Fr. 4. §. 3. pr. D. h. t. (38, 10.) (Modestinus.) Sed quoniam quaedam jura inter adfines quoque versantur: num alienum est hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere?

43) Fr. 10. pr. D. h. t. (38, 10.) Hiernach ist es weder nöthig, noch räthlich, den Ausdruck gradus hier von Linien zu verstehen. Vgl. Schilling a. a. O. §. 43. Not. n. mit Glück Commentar. Bd. 23. S. 250—253.

manden verwandt ist, in dem nämlichen Grade ist der andere Ehegatte mit dieser Person verschwägert [44]).

2) Da, wo ein nach Graden zu bestimmendes Verhältniß der Verwandschaft nicht gedacht werden kann, lassen sich auch keine Grade der Schwägerschaft annehmen.

Hierdurch werden wir dann auf den Hauptpunct unserer Untersuchung geführt, nämlich auf die Frage: Läßt sich die Affinität unter den Ehegatten nach Gradberechnung bestimmen? — und, wenn man dieß bejahen wollte: In welchem Grade der Affinität stehen die Gatten zu einander?

Da die vorhergehende Untersuchung zu dem Resultat geführt hat, daß die Ehegatten zu den Affinen im eigentlichen Sinn nicht gerechnet werden können, so ist man wohl schon zum Voraus geneigt, die beiden eben aufgestellten Fragen zu verneinen. Uebrigens läßt sich auch auf andrem Wege darthun, daß eine Berechnung des Verhältnisses zwischen Mann und Frau nach Graden rechtlich ganz undenkbar erscheint.

Im §. 1. oben ist gezeigt worden, daß die Römer in der Ehe eine alle Beziehungen und Verhältnisse des Lebens durchbringende Einheit oder Gemeinschaft der ehelich Verbundenen annehmen; wo aber Einheit ist, kann keine Trennung seyn; wenn zwei Personen durch ein unmittelbares Band, durch sich selbst, mit einander verbunden sind, bedarf es nicht, wie bei der Affinität im eigentlichen Sinne der Vermittlung einer andern Person.

Denn, wollte man eine Gradberechnung der uneigentlichen Affinität unter den Ehegatten annehmen, so könnte diese doch nur die nämliche Computationsart seyn, wie die Berechnung der Grade der Affinität überhaupt, d. h. die

---

44) Uebereinstimmend ist hier Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch a. a. O. §. 41. a. E. und Code civil, art. 162. Das Preuß. Landrecht a. a. O. §. 45 bestimmt zwar die Grade der Verwandtschaft, ohne aber die Grade der Schwägerschaft zu erwähnen.

Grade der Schwägerschaft im Verhältniß zu dem einen Ehegatten würden sich nach den Graden der Verwandtschaft zu dem andern bestimmen müssen; weil sich nirgends im röm. Recht eine andere Berechnungsart für die Grade der Schwägerschaft findet, und a priori eine solche sich nicht substituiren läßt. — Ist dieß richtig, so würden wir im gegebenen Falle, um den Grad der Affinität zu bestimmen, zu der Frage genöthigt seyn: In welchem Grade ist der eine Ehegatte mit sich selbst verwandt? — Eine solche Frage wird aber wohl Niemand im Ernste aufwerfen wollen.

Dennoch ist in neuester Zeit die Behauptung aufgestellt worden, daß die Ehegatten unter einander im ersten Grade verschwägert seyen [45].

---

45) Schon Klenze a. a. O. S. 111 und Not. 1., welcher die Ehegatten zu den wahren Affinen rechnet, scheint darauf hinzudeuten; ganz bestimmt spricht aber diese Behauptung Schilling a. a. O. §. 43. a. E. aus, indem er die oben angenommene gewöhnliche Regel für die Berechnung der Grade der Affinität „dem Sinne des röm. Rechts wohl nicht angemessen" erklärt, und in Not. o. sich dahin näher ausspricht: „Nämlich nach dieser Regel würden z. B. Schwiegereltern und Schwiegerkinder, desgleichen Stiefeltern und Stiefkinder im ersten Grade mit einander verschwägert seyn. Nun aber heißt es in der l. 5 pr. D. de injur. (47, 10.) — — Qua lege (scil. Cornelia de injuriis) cavetur, ut non judicet, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve attinget. — — Also muß es noch nähere Affinen, als die hier genannten geben. Darunter sind nun wahrscheinlich die Ehegatten selbst zu verstehen, (vgl. Klenze a. a. O.) oder in jenem Gesetz, wo nur von Mannspersonen die Rede ist, der Ehemann. Hiernach ist also wohl anzunehmen, daß Schwiegereltern und Schwiegerkinder, ferner Stiefeltern und Stiefkinder nach dem röm. Rechte im zweiten Grade mit einander verschwägert sind; was sich auch recht gut daraus erklären läßt, daß z. B. zwischen dem Stiefvater und dem Stiefsohn die leibliche Mutter des Letzteren, als derjenige Ehegatte, durch welchen das Affinitätsverhältniß angeknüpft wird, in der Mitte steht." — Ferner sagt Schilling a. a. O. Vorrede S. VIII oben: „Auch wird man manche neue Ansichten in dem Buche aufgestellt finden, unter denen ich nur Eine her-

Diese Ansicht scheint dem Verf. sowohl dem natürlichen Verhältniß, als den Vorschriften des positiven Rechts zu widersprechen.

Wären Ehegatten unter sich im ersten Grade verschwägert, so müßten Verwandte des einen Ehegatten im ersten Grade mit dem andern Ehegatten im zweiten Grade verschwägert seyn, wie der Schwiegervater und die Schwiegermutter; ebenso Stiefeltern mit ihren Stiefkindern; wie auch Schilling a. a. O. consequent annimmt. Dieß würde natürlich auch bei der entfernteren Schwägerschaft so fort gehen, indem die Grade der Affinität im Verhältniß zu denen der Verwandtschaft immer um Einen weiter hinausgerückt werden.

Das erregt aber schon von vorn herein großes Bedenken. Denn nach der früheren Untersuchung kann die affinitas unmöglich eigne Grade haben, sondern es können nur die Grade der Verwandtschaft in uneigentlichem Sinne darauf angewendet werden. Sprechen ja doch die Quellen [wie oben durch Hinweisung auf fr. 4. §. 5. D. h. t. gezeigt worden ist,] der affinitas alle (selbstständigen) Grade ausdrücklich ab; und da, wo von den Graden der Schwägerschaft die Rede ist, sind immer die Grade der cognatio und affinitas als identisch und unzertrennlich betrachtet; denn überall werden sie neben einander als zusammen gehörig aufgeführt, indem die Verwandtschaftsgrade zuerst erwähnt und auf die Grade der Schwägerschaft angewendet werden. So sagt Paulus in dem oben erwähnten fr. 10. §. 3. pr. D. h. t. Jurisconsultus *cognatorum gradus et adfinium* nosse debet, — und deutlicher drücken sich aus

Fragm. Vat. §. 216.

Excipiuntur autem lege quidem Julia cognatorum *sex*

---

vorhebe, weil mich selbst bei der Ausarbeitung des Buches die dießfallsige Entdeckung überrascht hat, nämlich die im §. 43. Not. o.) erwähnte Berechnung der Grade der affinitas."

gradus et ex septimo [46]) sobrino sobrinave natus; sed et nata per interpretatio*nem; item qui in* horum potestate sunt, quaeve in matrimonio, vel ii qui su*nt* co*gnatarum nos*trarum hoc gradu nos contingentium mariti [47]) v*el eorum,* qui sunt in *potes*tate nostra, cognati, contingentes eos ea cognati*one, quae septimum gradum* non excedit.

Ebenso, wo möglich noch bestimmter, im §. 217. eod.

Nuptarum nobis co*gnati usque ad sextum* gradum vel nostri cognati ab uxoribus nostris...

Die durch Cursivschrift ausgezeichneten Worte sind zwar wieder eine Ergänzung, und wohl der andern Conjectur »cognati a nobis usque« vorzuziehen; allein beide Ergänzungsversuche haben durchaus denselben Sinn, und die Stelle liefert, soweit sie ächt ist, für unseren Zweck hinlänglichen Beweis, weil die Lücke nach dem Zusammenhange nur in jenem Sinne ausgefüllt werden kann.

Die ganze Berechnung der Grade der Schägerschaft, wie sie bisher nach den Quellen dargestellt worden ist, würde nun offenbar in ihrem Fundament erschüttert und zerstört werden, wollte man einen ganz anderen eignen Grad, den ersten, einschieben und dadurch alle späteren um Einen weiter hinausrücken. Denn die Berechnung des ersten Grades würde der Computation der folgenden, welche sich nach den Graden der Verwandtschaft richtet, direct widersprechen, und dieselbe zum Voraus aufheben; weil von einer Berechnungsart nach den Graden der Cognation natürlich nicht mehr die Rede seyn kann, wenn eben diese Zahl der Grade nicht mehr gilt, sondern eine ganz andere. — Dazu würde die weitere Eigenthümlichkeit kommen, daß nun eine doppelte

46) Die durch Cursivschrift hervorgehobenen Stellen sind auch hier wieder Ergänzung, deren Richtigkeit nach dem Zusammenhang der Stelle, und nach der Vergleichung mit andern Stellen, nicht wohl bezweifelt werden kann.

47) Die für unseren Zweck entscheidenden Worte „hoc gradu nos contingentium mariti“ sind ächt.

Berechnungsart der Schwägerschaftsgrade entstände: eine ganz selbstständige für den ersten Grad derselben, der auf einem unmittelbaren Verhältniß beruhen würde; und dann die Computation nach den Graden der Verwandtschaft in dem zweiten und den folgenden Graden der Schwägerschaft, jedoch so, daß diese Berechnung, nach dem Früheren, um Einen Grad weiter voranrückt. Nirgends wird aber diese gewiß singuläre Eigenthümlichkeit in den Quellen auch nur im Geringsten angedeutet, und läßt sich sicher auch nicht ohne alle Belege annehmen, zumal die Gesetze der Affinität ausdrücklich alle eignen Grade absprechen.

Noch müßte aus Schillings Ansicht ein anderes nicht minder auffallendes Resultat hervorgehen.

Wenn nämlich die Cognaten und Affinen wegen der nahen Verbindung mit einer Person von gewissen gesetzlichen Vorschriften ausgenommen werden, z. B. in Fragm. Vat. l. c. von der Lex Julia bis zum sechsten Grad, so heißt es in den Quellen: »vel ii qui sunt cognatarum nostrarum hoc gradu nos contingentium mariti« oder „Nuptarum nobis cognati usque ad sextum gradum« —. Hier ist nun offenbar unter dem sechsten Grad der sextus gradus cognationis gemeint; würde nun vor dem ersten Grad der Verwandtschaft noch ein eigner erster Grad der Schwägerschaft eingeschoben (zwischen Mann und Frau), so müßte daraus der siebente Grad der Schwägerschaft entstehen. Die affines wären demnach in dem angegebenen Falle bis zum siebenten, die cognati bis zum sechsten Grade ausgenommen. Dabei läßt sich aber gewiß mit Grund die Frage aufwerfen: ob wohl die Römer die Gradberechnung des bloß durch die Ehe vermittelten Verhältnisses der Affinität so ausgedrückt haben, daß die Wirkungen sich hier um Einen Grad weiter erstrecken, als bei dem ursprünglichen Verhältniß der Cognation?; — da doch die Schwägerschaft nach den Quellen, im Vergleich zu der Verwandtschaft als ein minder nahes und

wirksames Verhältniß betrachtet wird, wie dieß auch der Natur der Sache vollkommen entspricht [48]).

§. 4.

Ist die vorhergehende Ausführung richtig, so wird die hier bestrittene Ansicht aus allgemeinen Gründen keine Stütze herleiten können, vielmehr werden diese Gründe gerade dagegen sprechen. Darum bleiben nur specielle Quellenzeugnisse übrig. Diese bestehen in Einer Digestenstelle, die allerdings den Schein einer großen Bestimmtheit hat, nämlich das von Schilling angezogene fr. 5. pr. D. de injur. (47, 10.) (Ulpian. lib. 56 ad Edict.), welches von der Lex Cornelia handelt, die über injuriae ein judicium publicum constituirt [49]) und dabei verordnet: Qua lege cavetur, *ut non judicet qui ei, qui agit (aget), gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve attinget:* etc. [50]).

Der Schluß dieser Stelle hat in Beziehung auf die Cognaten keine Schwierigkeit; denn, da unter diesen nur der sobrinus erwähnt wird, so versteht sich von selbst, daß auch

---

48) Cicero de off. I, 17. verb. sequentur connubia et affines. Gell. Noct. Att. V, 13. §. 2. verb. tum in tertio loco esse hospites: postea esse cognatos affinesque; bestimmter noch §. 5. eod. verb. primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini — und dieser letztere Ausspruch rührt von dem Juristen Massurius Sabinus her. Ebenso sagt Modestinus in Fr. 4. §. 3. pr. D. h. t. (38, 10.) Sed quoniam quaedam jura inter adfines quoque versantur etc. —, und nicht minder hat die neuere Untersuchung von Klenze gezeigt, daß die Affinen nicht an allen Rechten, und nicht an allen Pflichten der Cognaten Theil genommen haben; — daß also das Verhältniß der ersteren nicht so nahe und nicht so wirksam, wie das der letzteren, angesehen wird. Vgl. Klenze a. a. O. S. 31. a. E. 32. 20. 21. 35. ꝛc.

49) Paul. Rec. Sent. Lib. V. Tit. 4 §. 8.

50) Klenze, a. a. O. S. 35—40.

die näheren Verwandten des Klägers nicht judices seyn können. Desto größer ist aber die Schwierigkeit in Beziehung auf die Affinen. Man argumentirt dabei im Sinne der hier bestrittenen Ansicht, wie die oben mitgetheilte Stelle von Schilling zeigt, also: „Wenn es noch nähere Verschwägerte geben kann, als den Schwiegervater, Schwiegersohn, Stiefvater, Stiefsohn rc. [51]), so müssen dieß die Ehegatten, im Falle des fr. 5. pr. cit., der Ehemann seyn; sind aber Mann und Frau in einem näheren Grade verschwägert, so muß dieser ihr Grad den ersten bilden, und demgemäß müssen alle übrigen Grade um Einen weiter hinausrücken; was sich daraus erklären ließe, daß nur durch das Medium des andern Ehegatten die Affinität vermittelt wird."

So scheint diese Ansicht auf fester Grundlage des positiven Gesetzes zu ruhen.

Indem wir nun zum Zwecke der Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht die fragliche Digestenstelle genauer betrachten, vergleichen wir damit mehrere andere Leges, welche entweder auf denselben Fall, wie die Lex Cornelia, (Unfähigkeit judex zu seyn) oder auf andere ähnliche Ausnahmen nahe verbundener Personen sich beziehen. Denn, da fr. 5. pr. cit., wie man allgemein anerkennt, die ursprünglichen Worte der Lex Cornelia enthält, so hat es entschiedenes Interesse, die Fassung anderer Leges gleichen oder ähnlichen

51) Nach der gewöhnlichen, auch hier befolgten Ansicht sind Schwiegervater und Schwiegersohn, Stiefvater und Stiefsohn, Schwiegermutter und Schiegertochter, Stiefmutter und Stieftochter im ersten Grade verschwägert. Für diese Ansicht lassen sich auch etwa noch §. 6. 7. pr. J. de nupt. (1, 10.) anführen, in welchen von der Schwiegertochter und Stieftochter gesagt wird, sie seyen filiae loco, und von der Stiefmutter und Schwiegermutter — matris loco; was im Allgemeinen gewiß eher auf ein dem Grade nach gleiches Verhältniß der Schwägerschaft bei jenen Personen hindeutet, wie bei dem Verhältniß der Verwandschaft zwischen Mutter und Tochter, als auf ein dem Grade nach verschiedenes

Inhalts damit zusammen zu stellen. Zunächst die Lex Servilia repetundarum, welche nach der Restitution von Klenze [52]) also lautet: — *dum nei quis* — *lectus jud*ex siet, quoi is, queive ei, quei petet, gener, socer, vitricus privignusve siet, queive sobrinu*s siet propiusve eum ea cognatione attingat* [53]).

Damit läßt sich die Lex Julia judiciorum publicorum verbinden, welche in Beziehung auf die Ausnahme von der Verpflichtung, Zeugniß abzulegen, nach der Ueberlieferung von Paulus also lautet:

Fr. 4. D. de testib. (22, 5.) (Paul. lib. 2 ad Leg. Jul. et Pap.)

Lege Julia judiciorum publicorum cavetur: *Ne invito denuncietur, ut testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosve qui priori gradu sint* etc. [54]).

In dieser Lex sind dieselben Personen aufgeführt, wie in der Lex Cornelia, mit der Ausnahme, daß in fr. 4. cit. noch Eine Person mehr (sobrino natus) erwähnt wird; auch ist am Schlusse der letzterwähnten Stelle eine ähnliche Wendung, wie bei der Lex Cornelia, gebraucht, nur daß jede Andeutung der Affinität fehlt; denn die Worte »eosve qui priore gradu sint« beziehen sich hier offenbar nur auf die Cognaten, welche den unmittelbar vorher genannten (sobri-

52) Fragmenta Legis Serviliae repetundarum, ex tabulis aereis primum conjunxit, restituit, illustravit Cl. A. C. Klenze. Berol. 1825. pag. 38. 39.

53) Die durch Cursivschrift hervorgehobenen Stellen sind Restitution Klenze's, welche nach dem Zusammenhange der Lex und der Vergleichung mit andern Volksschlüssen wohl keiner besonderen Rechtfertigung bedarf.

54) Vgl. auch fr. 3. D. ad Leg. Pompej. de parricid. (48, 9.) fr. 10. pr. i. f. D. h. t. (38, 10.) und Klenze a. a. O. S. 38 Not. 2.

nus, sobrina, sobrino natus) dem Grade nach vorangehen, nicht aber auf die weiter oben ganz unabhängig aufgezählten Affinen.

Demnach stimmt die letztere Lex dem Inhalt nach vollständig mit der Vorschrift der Lex Julia de vi publica et privata überein, welche enthalten ist in

Mosaicar. et Romanar. Legum Collat. Tit. IX. §. 2. i. f. (Ulpian. Lib. IX de offic. proconsul. ad Leg. Jul. de vi publ. et priv.)

Verb. Capite octogesimo septimo his (verbis): *Homines inviti in reum testimonium ne dicant, qui sobrinus est ei reo, propioreve cognatione conjunctus, quive socer, gener, vitricus, privignusque ejus erit.*

Doch sind in dieser Lex die Cognaten und Affinen deutlicher von einander getrennt, als in der vorigen.

Vergleichen wir nun die bisher angeführten Quellenzeugnisse, so erscheint es auffallend, daß, mit Ausnahme der Worte »propiusve — affinitate attinget« in der Lex Cornelia, in keinem der übrigen Volksschlüsse die geringste Erwähnung oder Andeutung in Beziehung auf die Ehegatten geschieht. Doch wird Niemand bezweifeln, daß unter den in jenen Gesetzen ausgenommenen Personen auch die Ehegatten begriffen sind; denn, wenn die Verwandten und gar die Verschwägerten von der Verpflichtung, Zeugniß abzulegen, befreit werden, oder nicht judices seyn können, so muß dasselbe doch nothwendig auch bei den Gatten eintreten, weil durch diese das Verhältniß der Affinität erst vermittelt wird, und die vermittelnde Person offenbar näher steht, als die vermittelte. Es muß demnach den Römern die Ausnahme der Ehegatten in den gedachten Fällen so natürlich und nothwendig erschienen seyn, daß sie gar nicht für nöthig gehalten haben, dieselben unter den ausgenommenen Personen ausdrücklich aufzuführen, weil sich deren Exception wohl von selbst ver-

stand [55]), was auch aus der innigen Verbindung der Gatten nach der früheren Ausführung [56]) sich würde erklären lassen.

Denn, daß die Ehegatten in den römischen Volksschlüssen da, wo eine genaue Bezeichnung aller Personen durchaus erforderlich war [57]), unter den nahe verbundenen Personen ausdrücklich begriffen werden und allen Affinen i. e. S. voran stehen, läßt sich durch Hinweisung auf die Lex Pompeja de parricidiis zeigen, wenn es noch eines weiteren Beweises bedürfen sollte. In dieser Lex werden zuerst alle Verwandte bis zum consobrinus aufgeführt; dann folgen vir et uxor und nach ihnen gener, socer und die übrigen Verschwägerten, wie Marcianus in fr. 1. D. ad leg. Pompej. de parricid. (48, 9.) (lib. 14 Instit.) bezeugt:

Fr. 1. D. ad leg. Pompej. de parricid. (48, 9.) (lib. 14 Instit.)

Lege Pompeja de parricidiis cavetur: *Ut, si quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patruelem, matruelem, patruum, avunculum, amitam, consobrinum, consobrinam — uxorem, virum — generum, socrum, vitricum, privignum, privignam, patruum, patronum, patronam, occiderit* [58]), cu-

---

55) Vgl. auch fr. 35. pr. D. de procurator. (3, 3.) (Ulpianus.) Auch hier ist der Ehemann als präsumtiver Anwalt der Frau nicht genannt, obgleich ein solches mandatum praesumtum bei ihm sicher nicht bezweifelt werden kann. Const. 21 C. de procurat. (2, 13.) const. 8. 11 C. de pact. convent. (5, 14.) Linde Lehrbuch des Civilprocesses. §. 136.

56) §. 1. oben.

57) Denn, wenn es sich darum handelt, ob bei einem Verbrechen, welches gewisse persönliche Verhältnisse voraussetzt, bestimmte einzelne Personen als Thäter erscheinen können — so darf natürlich das Strafgesetz Nichts als von selbst sich verstehend voraussetzen, sondern es müssen alle Personen einzeln und so genau, als möglich, aufgezählt werden; ganz anders, wie bei den früher erwähnten excipirten Personen, bei denen der Schluß nahe lag, daß, wenn die entferntere Person ausgenommen war, damit auch die nähere als excipirt erscheine.

58) Fr. 1. i. f. fr. 2—4. D. eod. (48, 9.)

jusve dolo malo id factum erit: ut poena ea teneatur, quae est Legis Corneliae de sicariis etc. [59]).

§. 5.

Nachdem in dem vorhergehenden §. gezeigt worden ist, daß in keiner Lex gleichen oder ähnlichen Inhalts irgend eine Erwähnung oder Andeutung der Ehegatten geschieht, sondern die Lex Cornelia de injuriis in dieser Hinsicht ganz isolirt steht, — so müssen nun die Worte der letzteren: »propiusve eorum quemquam ea cognatione *affinitateve* attinget« näher betrachtet werden.

Zunächst könnte man versucht seyn, das »affinitateve« für ein Einschiebsel eines Abschreibers zu halten, welches sich dadurch erklären lasse, daß die affinitas sonst so häufig neben der cognatio in den Quellen erwähnt wird; was dann auch hier zu jenem ungehörigen Zusatz Veranlassung gegeben. Man könnte sich dabei auf die anderen Leges berufen, deren keine in dieser Verbindung die affinitas erwähnt, obgleich sie im Uebrigen ganz ähnlich lauten. — Allein einer solchen Conjectur steht die Uebereinstimmung der Manuscripte entgegen, welche das Wegstreichen eines Wortes, das in allen sich findet, immer als höchst gewagt und mißlich erscheinen läßt. Wir nehmen deßhalb den Text wie er uns vorliegt, um denselben in Uebereinstimmung mit unserer Ansicht zu erklären.

Die oben angegebenen Worte können allerdings nicht anders, als von dem Ehemann verstanden werden; weil ein affinis, der noch näher, als der Schwiegervater, Schwiegersohn, Stiefsohn steht, nur der Ehegatte seyn kann, welcher das ganze Verhältniß der Schwägerschaft vermittelt. Denn rechnet man einmal die Ehegatten zu den Affinen, so sind sie ohne Zweifel die nächsten unter den Verschwägerten [60]).

Eine andere Frage ist aber die, ob durch jene Worte

59) Klenze a. a. O. S. 44.
60) Klenze S. 111. 112.

der Lex Cornelia auch ein näheres Gradverhältniß der Affinität bei den Ehegatten angedeutet worden ist. Mehrere der im vorigen §. angeführten Leges sagen in Beziehung auf die cognatio ausdrücklich: »eosve qui *priori gradu* sint [61])« oder »eos qui *pari prioreve gradu* sunt [62]),« während die L. Cornelia viel unbestimmter sich ausdrückt »propiusve eorum quemquam — attinget.« Versteht man dieß nun auch bei der cognatio von den dem sobrinus vorhergehenden Graden, so ist doch keine absolute Nöthigung vorhanden, das Nämliche auch bei der affinitas anzunehmen, soferne sich das »propius affinitate attingere« auf andere Weise erklären läßt. Und diese Erklärung scheint dem Verf. dadurch gegeben zu seyn, wenn man das Verhältniß unter den Ehegatten als eine rechtliche Einheit oder Gemeinschaft derselben in Beziehung auf die persönlichen Verhältnisse der ehelich Verbundenen nach dem oben angegebenen Begriffe der Ehe betrachtet [63]). Denn, wollte man hier an einen bestimmten Grad der Affinität denken, so würde die enge Verbindung der Worte „propiusve eorum quemquam *ea cognatione affinitateve* attinget« wieder auf die Grade der Verwandtschaft zurückführen, deren Anwendung bei den Ehegatten undenkbar erscheint. — Oder sollte durch das Eine Wort »affinitateve« in der angegebenen Verbindung, troß aller früher angegebenen Gegengründe, ein ganz eignes System für die Berechnung der Schwägerschaft aufgestellt seyn, ohne daß irgend sonst wo in den Quellen die geringste Andeutung desselben sich findet?

61) Fr. 4. D. de testib. (22, 5.)

62) Fr. 3. D. ad Leg. Pompej. de parricid. (48, 9.)

63) Daß die Vermögensverhältnisse der Ehegatten, nach dem römischen Dotalsystem, nicht auf dem Princip der Einheit, sondern der Trennung beruhen, ist bekannt genug. Daraus läßt sich wohl auch erklären, daß die Ehegatten bei der freien Ehe von dem Erbrecht früher gänzlich ausgeschlossen waren und später, nach dem edictum unde vir et uxor, erst in Ermangelung der Verwandten zur Erbfolge gerufen werden.

Noch bleibt aber der Beweis zu liefern übrig, daß das Verhältniß unter den Ehegatten eine rechtliche Einheit enthält, nicht nach Gradberechnung geschieden ist, so daß, wenn in Beziehung auf Verwandtschaft und Schwägerschaft eine Gradberechnung vorkommt, der eine Ehegatte mit dem andern in dem nämlichen Grade erscheint, nicht aber um Einen Grad weiter hinausrückt. Dieser Beweis läßt sich zunächst bei der strengen Ehe mit manus führen, in so ferne alle Personen, welche in der potestas oder manus einer andern stehen, nach den Quellen demselben Grade beigezählt werden, dem der Inhaber der potestas oder manus angehört, und umgekehrt, in so ferne der Inhaber der Gewalt dem Grade der in seiner Gewalt befindlichen Personen beigezählt wird. Was aber von der strengen Ehe gilt, wird nach den Quellen auch auf die Ehe überhaupt angewendet, so, daß der eine Ehegatte, als affinis, dem nämlichen Grade angehört, wie der andere, als cognatus [64]); und es scheint dieß natürlich, wenn wir damit den oben entwickelten Begriff der Ehe verbinden. Die Zeugnisse, worauf wir das Gesagte stützen, sind folgende. — Zunächst in Beziehung auf die potestas und die manus:

Fragm. Vat. §. 299. (Paulus lib. LXXI ad edictum ad Cinciam.)

Quinque igitur gradus pleni excepti sunt, et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina.

§. 300. eod. Excipiuntur et ii, qui in potestate eorum vel manu mancipiove, item quorum in potestate manu mancipiove erunt.

Wenn nun die Ausnahme von der Lex Cincia bis zum sechsten Grad sich erstreckte, und die Frau in der manus eines Cognaten des sechsten Grades zu den personis exceptis gehört, so muß sie doch demselben Grad, wie ihr Ehemann bei-

---

64) Klenze a. a. O. S. 25. Not. 3. S. 193. Not. 3.

gezählt werden, und ebenso bei den vorhergehenden Graden. Daher müssen consequent bei der patria potestas auch die derselben unterworfenen Personen in dem nämlichen Grade mit ihrem pater, z. B. dem sechsten, rangiren, wenn sie auch in der That von dem Schenker um Einen Grad weiter entfernt sind; z. B. der pater im sechsten, dessen filius familias demnach im siebenten Grad. Das bestätigt denn auch der unmittelbar folgende §. 301. der Fragm. Vat. verb. Ita si is, *qui* [65]) in eo gradu est, in potestate habeat eum, qui mihi longiore gradu, sit, *dare* (*donare*) ei potero: sic et lex Furia [66]) scripta est: eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum [67]).

Nach diesen Zeugnissen, welche sogar bei der Verwandtschaft die wirklichen Grade zusammenziehen, wird es keinem Zweifel unterliegen, daß die uxor in manu mit dem maritus in Einem Grade rangirt. Darum bleibt nur noch der Beweis übrig, daß bei der Ehe überhaupt, also auch bei den Freien, in Beziehung auf die affinitas das Gleiche gilt. Dieser liegt in dem §. 298 der Fragm. Vat., welcher den mitgetheilten §. §. unmittelbar vorhergeht: Personae igitur cognatorum excipiuntur in his verbis »sive quis cognatus cognata (cognata*ve)* inter se, dum sobrinus sobrinave propiusve eos, et sive quis in alterius potestate matrimoniove erit, qui eos hac cognatione attinget, quorumve in potestate matrimoniove [68]) erit, eis omnibus inter se donare capere liceto.«

---

65) Die Lesart ist der andern „qui qui" oder „qui que" des Cod. Ms. Vaticanus wohl unbedenklich vorzuziehen.

66) Gajus II. §. 225. IV. §. 23. 24. (Ulpian. Fragm. XXVIII. 7.) Klenze a. a. O. S. 55. 56.

67) Vgl. auch Fragm. Vat. §. 216. i. f.

68) Wenck schlägt hier vor, statt des doppelten „matrimoniove" zu lesen: „manu mancipiove", wohl wegen der Erklärung von Paulus im §. 300. eod., welche allerdings bemerkenswerth er-

Aus dieser Vorschrift werden dann die fünf oder sechs Grade der personae exceptae in den §. §. 299—301 gefolgert, wie wir vorhin gesehen haben.

Der §. 298. zeigt nun deutlich, daß die durch potestas und matrimonium Verbundenen ganz gleichgestellt werden, wie das zweimal vorkommende »potestate matrimoniove« beweist. Ist aber hier unter dem matrimonium nicht bloß die strenge Ehe zu verstehen, wegen der engen Verbindung mit der potestas, und deßhalb, weil Paulus in §. 300. nur von der manus spricht [69]? Allerdings sind diese Einwendungen nicht so leichthin zu verwerfen; allein der Ausdruck matrimonium ist doch nicht gleichbedeutend mit manus, weil ja auch in der früheren Zeit neben der strengen Ehe die freie vorkam, und beide gleichmäßig den Namen matrimonium führen. Ebenso wenig kann das »in matrimonio esse« allein von der strengen Ehe verstanden werden.

Doch — wir wenden uns, um das Gesagte näher zu begründen, zu einer anderen Stelle derselben Quelle, nämlich zu dem schon oben §. 3. mitgetheilten §. 216. der Fragm. Vat.

Dieser §. stimmt in den Puncten, welche uns hier zunächst interessiren, vollkommen mit §. 298. eod. überein, und bahnt zugleich den Weg zur Begründung unserer Ansicht.

Denn auch hier wird wieder das »in potestate« und »in matrimonio« enge mit einander verbunden; und, was hier von diesem Ausdruck gilt, muß auch in §. 298. von demselben gelten. Nun sagt aber §. 216.: — *item qui in* horum potestate sunt, quaeve in matrimonio, vel ii qui *sunt cog-*

---

scheint: Klenze a. a. O. S. 103. Not. 8. Allein mit Recht stimmt man dieser Aenderung nicht bei; denn außerdem, daß die Worte „matrimoniove" hier zweimal vorkommen, finden sie sich in derselben Verbindung auch in §. 216. eod. (verb. item qui in horum posestate sunt, quaeve in matrimonio). Man müßte also auch hier eine gleiche Aenderung vorschlagen, welche aber zu dem Zusammenhang durchaus nicht paßt. Vgl. auch oben den sogleich folgenden Text.

69) Klenze S. 103. Not. 3.

*natarum nos*trarum hoc gradu nos contingentium mariti etc. Aus dieser Vorschrift der Lex Julia ergibt sich für unseren Zweck eine doppelte Folgerung. Wollte man nämlich auch hier den Ausdruck »quae in matrimonio sunt« wegen der Verbindung mit der potestas bloß von den Frauen in strenger Ehe verstehen, so müßte man doch die unmittelbar darauf erwähnten »mariti« auf die Ehemänner überhaupt beziehen, bei der freien, wie bei der strengen Ehe; weil sicher bei dieser, wie bei jener, der Mann maritus ist, und für eine Beschränkung der gewöhnlichen Bedeutung des Ausdrucks sich nichts Entscheidendes anführen läßt. Muß aber dieß von den Ehemännern behauptet werden, so muß auch wegen des nahen Zusammenhangs das Nämliche von den unmittelbar vorher erwähnten Ehefrauen (»quaeve in matrimonio«) gelten. Und somit können wir sowohl §. 216 als §. 298, citt. von der freien, wie von der strengen Ehe verstehen. — Es geht aber aus §. 216. cit. noch ein zweites Resultat hervor: Wenn die Ausnahme von der Lex Julia nur auf sechs Grade und auf Eine Person aus dem siebenten Grade sich bezieht, und die Ehemänner der weiblichen Cognaten oder die Frauen der männlichen Cognaten bis zu diesem Grade, (*hoc gradu* nos contingentium) mit ausgenommen sind, so muß doch der Mann in demselben Grad mit der Frau, und diese mit dem Manne stehen; z. B. im sechsten, oder im siebenten; denn, wären sie weiter entfernt, so würden sie nicht mehr unter die exceptae personae fallen; weil für die Verschwägerten die Exception nicht um Einen Grad weiter wie bei den Cognaten, hinausreicht. So treffen wir denn wieder auf diesem Wege mit der Ausführung des §. 3. oben zusammen, daß die Berechnung der Grade Schwägerschaft des einen Gatten nach den Graden der Verwandtschaft des andern zu bestimmen ist. Steht dieß aber richtig, so muß die Affinität unter den Ehegatten selbst kein nach Gradbestimmung zu berechnendes Verhältniß, son-

dern ein Verhältniß der Einheit in persönlichen Beziehungen seyn.

Denn, wenn dieses Verhältniß die Grade der Affinität nicht weiter hinausschiebt, so kann es auch selbst keinen eignen Grad haben [70].

Alles dieses läßt sich auch ohne besondere Schwierigkeit erklären, wenn wir das Resultat der früheren Untersuchung hier nochmals zusammenfassen:

Das Verhältniß der Ehegatten gehört nicht zur affinitas im eigentlichen Sinne, so wenig, als die Ehegatten eigentliche affines sind; doch werden sie uneigentlich zu den affines gerechnet, und sind dann ohne Zweifel als die nächsten Affinen zu betrachten; nicht aber als Verschwägerte des ersten Grades, sondern als solche Personen, deren Verhältniß wegen seiner Unmittelbarkeit als eine Einheit der Verbundenen in persönlichen Beziehungen erscheint [71]; worauf die Anwendung der Grade der Ver-

70) Um uns noch deutlicher zu erklären, bemerken wir Folgendes: Wären die Ehegatten im ersten Grade verschwägert, so müßte dieser Eine Grad auch in den späteren Graden der Affinität sich zeigen; z. B. wenn der eine Ehegatte Cognate im sechsten Grade ist, würde der andere Affine im siebenten seyn. Da das Letztere aber nach der bisherigen Erörterung nicht der Fall ist, so kann auch consequent zwischen Mann und Frau nicht der erste Grad der Affinität, und somit überhaupt gar kein Grad der Schwägerschaft angenommen werden.

71) Das neuere canonische Recht faßt die Vorstellung dieser Einheit der Ehegatten materieller als Einen Leib (in carne una) auf: cap. 5 x. de bigam. non ord. (1, 21.) (Innocent. III. ann. 1205.) c. 18. C. 27. Q. 2. — während das ältere canon. Recht die römische Vorstellung von der Ehe rein aufgenommen hat, wie oben §. 1. g. E. Not. durch Hinweisung auf can. 1. 2. 3. §. 1. C. 27. q. 2. (forte circa ann. 400.) gezeigt worden ist. — Auch das ältere deutsche Recht spricht hier von Einheit des Leibes, wiewohl nur bildlich: Tacit. German. cap. 19. verb. sic (virgines) unum accipiunt maritum quo modo unum corpus, unamque vitam, ne ulla cogitatio ultra, ne longior cupiditas, ne tamquam maritum, sed tamquam matrimonium

wandtschaft, welche allein bei der Schwägerschaft zur Anwendung kommen kann, als undenkbar sich zeigt; — oder sollte dieses Verhältniß der uneigentlichen Affinität ohne alle bestimmte Belege, die ganze Gradberechnung der eigentlichen Schwägerschaft, welche auf entschiedene Quellenzeugnisse sich stützt, umzustoßen vermögen? — —

X.

Die Weimarschen Gesetze vom 1. April 1839 den Widerruf der Testamente und die Anerkennung ungültiger letzter Willen betreffend.

Von

Herrn Geh. Regierungsrath **Emminghaus** in Eisenach.

Es läßt sich freilich nicht läugnen, daß bisweilen der auf das gemeine Recht verwiesene Richter seine Vernunft in eine traurige Gefangenschaft geben muß. Aber nach Proportion sind diese Fälle gewiß selten. Jedenfalls bedenklich wäre es, den Stab über die Brauchbarkeit des Römischen Rechts für die moderne Welt darum zu brechen, weil dasselbe, dem practischen Verstande erkennbare, Mängel, wie jedes Menschenwerk, an sich trägt. Bei uns in Deutschland dürfen wir schon als Grund fortwährender nationeller

---

ament. — Der Schwabenspiegel (Senkenberg Corp. jur. germ. Cap. 256.) sagt: „Mann und Weib, die recht und redlich zur Eh kommen sind, da ist nicht Zweiung an, es nicht ist denn ein Leib" — was Hasse a. a. O. §. 2. a. E. im Sinne des Sprachgebrauchs der damaligen Zeit mit Recht für gleichbedeutend mit unserem heutigen Ausdruck: „Sie sind Ein Leib und Leben" — erklärt. Vgl. oben §. 1. a. E.